

Dever legal de cooperação e dever legal de delação(1)

Autor: Danilo Andreato
Professor da pós-graduação em Direito Penal e Crime Organizado da FTC/EaD
Especialista em Direito Criminal pelo UniCuritiba
Titulado em Formação Especializada em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha)
Assessor Jurídico na Procuradoria da República no Estado do Paraná
Publicado na Edição 24 - 02.07.2008

Situado no Título XI, dedicado aos crimes contra a administração pública, o artigo 320 do Código Penal regulamenta uma modalidade de delação. Aqui, esclarecemos, o termo "delação" está empregado no seu sentido corrente, ou seja, na sua acepção extrapenal. Não deve ser entendido como se aludisse a uma corruptela de delação premiada, mas simplesmente à delação, ato ou efeito de delatar, de declarar alguém como responsável por uma infração.

O dispositivo prevê, na sua parte final, com pena de detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, punição ao funcionário público(2) que, não sendo competente para responsabilizar aquele que, no plano profissional, lhe deva obediência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

"Art. 320. Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa." (3)

O fato descrito no preceito primário acima não é igual ao panorama havido nas situações de colaboração premiada, contudo há um detalhe que merece ser observado. Igual não é, repetimos, entretanto guarda alguma similitude: o dever legal de cooperação, previsto na segunda parte do dispositivo. A esse dever legal de cooperação demos o nome de dever legal de delação.

Esclarecemos.

Nos moldes do artigo 320 do CP, o funcionário será punido: se, sabedor da falta funcional (4)(5) de algum colega situado no seu raio de subordinação, não o responsabilizar (nas hipóteses de deixar de deflagrar sindicância ou processo administrativo disciplinar, por exemplo); ou, se o infrator não lhe for subordinado, deixar de noticiá-la à autoridade competente. Noutros termos, em defesa da administração pública e sob pena de punição do não-delator, o funcionário público, em sentido estrito ou por equiparação, está compelido a revelar o fato, isto é, a revelar o nome do faltoso e a conduta por ele praticada. É a esta segunda modalidade delitiva que nos deteremos.

Com efeito, na situação da segunda parte do artigo 320 do CP, a delação (na acepção corrente, conforme alertamos) é um dever imposto por lei como instrumento destinado à tutela patrimonial e moral da administração pública. É a primeira grande distinção entre a colaboração premiada e essa espécie de condescendência criminosa. Naquela, o cidadão tem direito subjetivo ao silêncio e todos os demais que lhes sejam conexos; nesta, ao revés, a pessoa tem a obrigação de não se calar.

Na colaboração premiada, se os atos cooperativos do indiciado ou réu atenderem aos correspondentes requisitos legais, entre eles a voluntariedade do agente de cooperar com a Justiça, o juiz reduzirá a pena cabível ou dela o isentará. Ao cidadão assiste o direito de não ser compelido a colaborar, conforme o inciso LXIII do artigo 5º da Constituição Federal, consistente "ao mesmo tempo, na proteção ao silêncio do imputado [leia-se, investigado ou acusado], e, conseqüentemente, estabelecida contra a sua auto-incriminação"(6). É o direito subjetivo ao silêncio e de não auto-incriminação.

Existem duas normas no artigo 320 do CP, dois comandos normativos sob o mesmo nomen juris, que, em nosso sentir, poderiam ser diversos: a) o artigo 320, primeira parte ("deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo"), chamaremos de condescendência criminosa lato sensu, porque existem tantas outras maneiras de o servidor público ou equiparado consentir com práticas ilegais(7); e b) o artigo 320, segunda parte ("ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente"), por nós denominado dever legal de delação (8); uma vez desatendido, enquadrar-se-ia no campo da condescendência criminosa em sentido amplo.

Ao tratar do dever legal de delação, havido em sede administrativa, nosso objetivo é mostrar a existência do dever legal de cooperação no comando normativo do artigo 320, segunda parte, do CP. Como é próprio de todo dever, este dever de cooperar é compulsório, ao passo que, na colaboração premiada, a obrigatoriedade de cooperar

apenas pode surgir se, e somente se, o indiciado ou acusado anuir, em razão do inciso LXIII do artigo 5º da CF/88.

Justamente por estar implicado no crime, a decisão de cooperar pertence ao agente. No entanto, escolhido o caminho da cooperação, o agente apenas será beneficiado por futura compensação dela advinda (9) se for fiel ao dever legal de cooperação. Quando não o cumprir a contento, terá como consequência o indeferimento da medida compensatória.

A possibilidade de optar por auxiliar, ou não, na *persecutio criminis* é fundamental para timbrar de validade a colaboração premiada, porque abrir mão do direito subjetivo de não auto-incriminação é antecedente necessário do instituto premial. Ao cidadão é facultado fazer uso do direito subjetivo de não auto-incriminação; todavia, por se cuidar de direito, seu titular exerce-o se quiser. Convém lembrar: para configuração desse instituto premial, além de outras condições, não basta ao colaborador revelar informações do fato criminoso às autoridades competentes. Impõe-se um algo mais. Exige-se, antes, sua confissão, o reconhecimento da sua atuação no enredo delituoso.

Enfim, o dever legal de cooperação não é exclusividade das regras caracterizadoras do instituto da colaboração premiada. Integra outros dispositivos penais, como o artigo 320, segunda parte, do CP e os citados neste ensaio na nota n 7, espécies de condescendência criminosa *lato sensu*. No caso da colaboração premiada, a imprescindível peculiaridade situa-se no regime optativo desse dever de cooperar, consistindo em importantíssimo detalhe para a validade do instituto premial e a observância dos direitos e garantias fundamentais, notadamente o direito de não auto-incriminação, conexo ao direito ao silêncio (artigo 5º, inciso LXIII, da CF/88).

Notas

1. Também existem deveres emanados de diversas outras órbitas, como a religiosa, esportiva etc. Assim, mesmo cientes do princípio da legalidade, mandamento constitucional proveniente do artigo 5º, inciso II, da CF/88 ("ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"), consideramos melhor enfatizar que referimos a dever imposto por norma jurídica, por isso dever legal.

2. Para fins penais, o conceito de funcionário público é mais amplo se comparado à sua concepção nos demais ramos jurídicos, a teor do artigo 327, caput e § 1º, do Código Penal, assim redigido: "Art. 327. Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo,

emprego ou função pública. § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública".

3. Por força do artigo 327, § 2º, do CP, a pena deverá ser majorada de 1/3 (um terço) se o autor do delito for ocupante de cargo em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

4. Essa falta funcional, apta a caracterizar o delito do artigo 320 do CP, poderá refletir apenas na seara administrativa ou, em dadas hipóteses, também poderá ter reflexos administrativos e criminais. Para os servidores públicos civis da União, *exempli gratia*, a cumulação de efeitos terá lugar quando a conduta, simultaneamente, atingir bem jurídico penalmente tutelado e redundar na inobservância de, ao menos, um dos seus deveres funcionais ou na incidência específica de alguma das respectivas vedações legais, nos termos dos artigos 116 e 117 da Lei 8.112/90.

5. "É elemento do tipo a espécie de infração praticada pelo subalterno, seja ela mero ilícito administrativo, seja crime funcional. Nos dois casos deve existir conexão entre os fatos e o exercício do cargo. Por isso, ficam fora do âmbito do tipo penal mesmo as faltas disciplinares que importam demissão do cargo, como a de procedimento irregular ou incontinência pública e escandalosa, vício de jogos proibidos e embriaguez, que não se relacionam ao exercício do cargo" (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1998, v. 3, p. 329).

6. TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 363.

7. Entre elas, destacamos a corrupção passiva – nas modalidades "receber" e "aceitar promessa" –, tipificada no artigo 317 do CP ("solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem") e a facilitação de contrabando ou descaminho, artigo 318 do CP ("facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho [art. 334]"). Em todas, o consentimento com a ilegalidade praticada (que chamamos de condescendência criminosa *lato sensu*) é elementar da conduta do funcionário público.

8. Na concepção de Mirabete, seria uma espécie de prevaricação privilegiada: "Trata o artigo [320 do CP] de uma espécie de prevaricação privilegiada, em que o sentimento pessoal do agente é a indulgência, e a omissão refere-se à responsabilização de subalterno" (MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. cit., p. 329).

9. Sob a forma de redução da pena, perdão judicial, substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos etc.

Referência bibliográfica (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):
